Der
Eintritt eines Gesellschafters
in die offene Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Johannes Schröder
aus Miltzow
Referendar in Berlin.

Approbiert am 20. Februar 1905.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Sehling.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Geschichtliche Entwicklung, Begriff und Wesen der offenen Handelsgesellschaft 1
II. Zulässigkeit des Eintritts ohne Neugründung 7
III. Form der Aufnahme eines neuen Mitgliedes
1. Bei unverändertem Mitgliederbestand 15
2. An Stelle eines ausscheidenden
a) Bei vorheriger Vereinbarung 16
b) Bei nicht vorheriger Vereinbarung 17
IV. Wirkung der Aufnahme
1. In vermögensrechtlicher Beziehung
a) Im allgemeinen. 25
b) Im besonderen bei der Aufnahme des Erben eines verstorbenen Gesellschafters 27
2. In persönlicher Beziehung 30

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0120

Literaturverzeichnis.

Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1895.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1896.
Bulk, Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters nach dem BGB.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1901.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. und 2. Aufl. 1901.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1897.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 2, 3, 5, 7, 11, 18, 24, 25, 31, 37, 38.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 2, 3, 5, 9, 12, 14, 20, 21, 24, 25.
Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts. 1881.
Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung. 1887.
Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. 1902.
Goldmann, Kommentar zum HGB. 1902.
Hahn, Kommentar zum HGB. 3. Aufl. 1877.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hergenhahn, Die offene Handelsgesellschaft. 1894.
Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 49. 1900.
Knoke, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach BGB. Im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann Bd. 20 Heft 2 S. 170 ff. 1901.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft. 1901.
Kohler, Recht des Markenschutzes. 1884.
Kohler, Leitfaden des Konkursrechts. 1904.
Kopp, Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters nach dem BGB. 1902.
Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaft. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30. 1884.
Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. 1902.
Makower, Kommentar zum HGB. 1901.
Motive zum Entwurf I des BGB.
Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte. Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 10 S. 695 ff.

Oelfke, Unterschied zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des BGB. 1903.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Planck, Kommentar zum BGB. 1900.
Protokolle der Beratung des BGB.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB.
Reusels, Unterschied zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des BGB. 1903.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte Deutschlands.
Schollmeyer, Kommentar zum BGB.
Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 1900.
Viezens, Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 35. 1899.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

I. Geschichtliche Entwicklung, Begriff und Wesen der offenen Handelsgesellschaft.

Das heutige, in Deutschland geltende Gesellschaftsrecht ist im wesentlichen auf der Grundlage zweier, sich scharf gegenüberstehender Gebilde entstanden, der römischen Sozietät und der deutschen Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die ursprüngliche Form der römischen Sozietät war die der gemeinsam erbenden Geschwister, nach deren Vorbild dann später auch nicht durch Blutsverwandtschaft verbundene Personen zu einer Sozietät zusammentraten. Ihr Hauptmerkmal war, daß das Gesellschaftsvermögen als solches nicht existierte, es blieb den Anteilen entsprechend Eigentum der einzelnen Gesellschafter; ein jeder konnte über seinen Anteil rechtsgültig verfügen und Teilung verlangen; selbst die Gläubiger eines Gesellschafters konnten für ihre Ansprüche Befriedigung aus dem Gesellschaftsanteil des Betreffenden suchen. Nur obligatorisch waren die Gesellschafter verpflichtet, ihre Anteile bis zur Beendigung der Gesellschaft in dieser zu belassen.

Anders die deutschrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand. Zwar ist auch sie wie die römische Sozietät auf Grundlage der fortgesetzten Hausgemeinschaft unter den Kindern nach dem Tode des Hausvaters entstanden;[1]) aber die deutschen Ganerben und später die Gesellschafter zur gesamten Hand waren nicht nur obligatorisch, sondern auch dinglich gebunden, sie konnten nicht über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen frei verfügen. Nicht als ob dadurch in dem Gesellschaftsvermögen ein neues, über den Genossen stehendes Rechtssubjekt geschaffen würde, die Genossen blieben Subjekt ihrer Rechte, aber eine Beschränkung ist ihnen auferlegt: nur in ihrer Gesamtheit, unter dem Symbol der verschlungenen Hände können sie Rechte erwerben und Pflichten übernehmen. Die Gesamtheit aller Genossen stellt das Rechtssubjekt der Gesellschaft zur gesamten Hand dar.

Durch die Rezeption des römischen Rechts kamen die römischrechtlichen Grundsätze zur Vorherrschaft. Das gemeine Recht ge-

---

[1]) Gierke, Privatrecht S. 664.

stattete als Form der gesellschaftlichen Verbände nur die römische Korporation oder Sozietät. Partikularrechtlich allerdings blieb die Gesellschaft zur gesamten Hand weiterbestehen, namentlich das allgemeine Landrecht baute die Regelung der Gemeinschaftsverhältnisse auf das deutsche Gesamthandsprinzip auf. Aber bei der Kodifikation eines einheitlichen deutschen Privatrechts war der Einfluß der in der Kommission sitzenden Vertreter des römischen Rechts doch zu stark, als daß das deutsche Recht ihm hätte Widerstand leisten können. So kam es, daß der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches die Gesellschaft nach den Grundsätzen der römischen Sozietät ausgestaltete, wie sie bereits oben kurz dargelegt sind. Erst dem Einfluß der Germanisten, namentlich Gierkes, ist es zuzuschreiben, daß die zweite Kommission das Gesellschaftsrecht nach deutschrechtlichen Gesichtspunkten geregelt hat und damit das Prinzip der gesamten Hand auch in dem jetzigen Recht wieder zur Geltung gebracht hat.[2])

Die Entstehung der im 2. Buch Abschn. 1 des HGB. behandelten offenen Handelsgesellschaft ist hauptsächlich auf die Fortbildung des deutschen Gesamthandprinzips in Oberitalien zurückzuführen. Analog der Entwicklung in Deutschland setzten auch hier zuerst die Mitglieder einer Familie „ein durch Erbgang auf sie gediehenes Handelsgeschäft auf gemeinsame Rechnung fort".[3]) Später schlossen sich dann Gesellschafter durch Vertrag zu einer „Wirtschaftsgenossenschaft (compagnia)"[4]) zusammen. Von Italien sind die Grundsätze der Handelsgesellschaft nach Frankreich übertragen worden, doch behandelte man sie hier im code de commerce nicht mehr nach den Rechtsregeln der gesamten Hand, sondern machte sie zur juristischen Persönlichkeit. Das alte deutsche Handelsgesetzbuch entlehnte die Grundsätze seines Gesellschaftsrechts hauptsächlich dem französischen Recht, ließ jedoch die Frage nach der juristischen Natur der Handelsgesellschaft offen, indem es den Begriff der offenen Handelsgesellschaft dahin formulierte: „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist." Staub[5]) erblickt bereits in dieser Begriffsbestimmung eine Entscheidung der Streitfrage, ob die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person ist oder nicht. Das Gesetz sage, die Gesellschafter betreiben das Handelsgewerbe. Es betreibe aber das Gewerbe derjenige, in dessen

---

[2]) Planck S. 452; Prot. II 2435 u. 36, 2496 u. 97.
[3]) Behrend S. 460.
[4]) Gareis S. 172.
[5]) Staub, Kommentar zum HGB. 5. Aufl. Art. 85.

Namen die Geschäfte abgeschlossen würden. Also seien es die Gesellschafter und nicht ein neben ihnen bestehendes Rechtssubjekt. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Auslegung der ratio legis entspricht, im Endergebnis ist diese Ansicht als die herrschende zu bezeichnen, wenngleich sie mit mehrfach verschiedener Begründung vertreten wird. Dernburg[6]) gibt zwar zu, daß das Sonderververmögen der offenen Handelsgesellschaft an die Rechtsverhältnisse der Korporation erinnert; er hält es aber für unnatürlich, daß ein Kaufmann aufhören soll, Eigentümer seines Geschäftsvermögens zu sein, indem es der vermeintlichen juristischen Person zufällt. Wollte man die offene Handelsgesellschaft als juristische Person auffassen, so müsse man die Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter leugnen. Behrend[7]) hält die offene Handelsgesellschaft nicht für eine juristische Person, weil es an der zu ihrer Begriffsbestimmung erforderlichen Eigenschaft, daß der Bestand nicht an bestimmte physische Personen geknüpft ist, fehlt. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten namentlich Eccius,[8]) Affolter[9]) und Kohler,[10]) indem sie in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung dieser Streitfrage aus dem inneren Wesen der Handelsgesellschaft heraus ihre juristische Persönlichkeit herzuleiten suchen. Der eigene Name, der eigene Gerichtsstand, das eigene unabhängige Vermögen, welches auch bleibe, wenn die Gesellschafter wechseln, und welches alle ursprünglichen Gesellschafter überdauern könne, ließen sich nur durch das eine Prinzip der selbständigen juristischen Persönlichkeit erklären.

Die Berechtigung dieses Einwandes soll nicht ohne weiteres in Abrede gestellt werden, wenngleich ihm entgegengehalten werden muß, daß die Gesellschaft keinerlei Selbständigkeit gegenüber dem vereinten Willen der Mitglieder hat; daß die Gesellschafter jederzeit in der Lage sind, die Gesellschaft zu beendigen und das Gesellschaftsvermögen unter sich zu verteilen.[11]) Dieser zweifellos vorhandene Widerspruch darf jedoch zu keinerlei Bedenken mehr Veranlassung geben, nachdem das neue Handelsgesetzbuch[12]) bestimmt hat, daß soweit nicht ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung finden sollen. Im Gegensatz zum alten HGB. Art. 85 sagt das neue HGB. § 105: „eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft . . .“ Will

---

[6]) Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 215.
[7]) Lehrbuch § 62 I u. II.
[8]) Goldschm. Zeitschrift Bd. 32 S. 2.
[9]) Arch. f. bürg. Recht v. Kohler Bd. 5 S. 1.
[10]) Recht des Markenschutzes S. 235 ff.
[11]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 558.
[12]) HGB. § 105, 2.

man in dieser Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft als „Gesellschaft“ nicht ohne weiteres eine Verneinung der juristischen Person erblicken,[13]) so muß man zu diesem Ergebnis unter Berücksichtigung des in § 105, 2 enthaltenen Hinweises auf die Regelung des Gesellschaftsrechts im BGB. gelangen. Da unstreitig im bürgerlichen Recht die Gesellschaft nach den deutschrechtlichen Grundsätzen über die gesamte Hand ausgestaltet ist, so muß das Gesamthandsprinzip auch der Entscheidung über die rechtliche Struktur der Handelsgesellschaft zugrunde gelegt werden. Die erste hieraus zu ziehende Folge ist, daß die offene Handelsgesellschaft ebensowenig wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine juristische Person, vielmehr eine Gesellschaft zur gesamten Hand ist. Die Heranziehung des Gesamthandsprinzips ermöglicht eine Aufklärung der in ihrem Wesen begründeten Widersprüche, die darin bestehen, daß die offene Handelsgesellschaft, ohne juristische Person zu sein, in wichtigen Beziehungen so behandelt wird, als wenn sie dies wäre. Die späteren Ausführungen werden hierüber genauere Auskunft geben. Hervorzuheben ist noch, wie Dernburg ausführt,[14]) daß diese Behandlung durch den allgemeinen Nutzen gerechtfertigt wird. Sie entspricht den Interessen der Gesellschafter selbst, vor allem aber auch den Anforderungen des Verkehrs, welcher sich mit der offenen Handelsgesellschaft einläßt, wie wenn sie ein besonderes rechtsfähiges Subjekt wäre, ohne doch zu verkennen, daß man im Grunde mit den Handelsgesellschaftern selbst zu tun hat.

Unbestritten ist zwar auch diese Auffassung, daß das Gesetz die Frage nach der rechtlichen Natur der offenen Handelsgesellschaft entschieden habe, nicht; z. B. betrachtet auch Kohler jetzt noch die offene Handelsgesellschaft als juristische Person.[15]) Genügende Gründe für seine Ansicht führt er jedoch nicht an, so daß man wohl mit Recht mit Lehmann-Ring sagen kann, daß dem Streit über das juristische Wesen der offenen Handelsgesellschaft endgültig ein Ende bereitet ist, zumal die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts hiermit völlig in Übereinstimmung steht.[16]) Eine weitere Folge der Bestimmung des § 105, 2 HGB. ist, daß nunmehr Lücken des Gesetzes nicht mehr nach dem römischen Sozietätsrecht, sondern nach dem Prinzip der gesamten Hand ergänzt werden müssen.[17])

Zur Entstehung gelangt die Gesellschaft durch den Gesellschafts-

---

[13]) Staub § 105.
[14]) Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 559.
[15]) Leitfaden des Konkursrechts.
[16]) Entscheid. des ROHG. 14 S. 5, 25 S. 126; Entsch. des RG. 3 S. 57, 5 S. 55, 18 S. 139, 30 S. 152, 32 S. 398.
[17]) Gierke. Vereine S. 26.

vertrag,[18]) welcher an keine Form geknüpft ist und die Gesetzesvorschriften, soweit sie nicht zwingender Natur sind, beliebig abändern kann. Durch diesen Vertrag treten die Gesellschafter jedoch erst in ein internes Verhältnis zueinander („Zeugungsakt").[19]) Um zur offenen Handelsgesellschaft zu werden, ist erforderlich, daß die Gesellschafter ihren Zweck, unter gemeinsamer Firma ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 zu betreiben, auch nach außen hin betätigen, den Betrieb des Gewerbes aufnehmen („Geburtsakt").[19]) [20])

Die in § 106 HGB. geforderte Eintragung in das Handelsregister hat nur rechtsbestärkende nicht rechtsbegründende Kraft.[21]) Betreibt eine Gesellschaft ein Gewerbe im Sinne der §§ 2 und 3 HGB., so ist analog der Verleihung der Kaufmannseigenschaft an einen einzelnen zu ihrer Begründung als offene Handelsgesellschaft die Eintragung in das Handelsregister erforderlich. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter, den gemeinsamen Zweck, Erzielung von Gewinn aus dem Handelsgewerbe, zu fördern, insbesondere Beiträge zu leisten.[22]) Der Ausdruck Beitrag ist im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfaßt die Leistung von Sachen, Rechten, Handlungen und Arbeitsleistungen aller Art; es genügt sogar, daß sich jemand als Gesellschafter eintragen läßt, dadurch das Risiko der Schuldenhaftung übernimmt und hierdurch den Kredit der Gesellschaft erhöht. Die Absicht, einen Beitrag zur Erhöhung des Kredits zu leisten, ist aber unerläßlich.[23]) Durch die Beiträge der Gesellschafter und den aus dem Betriebe erzielten Gewinn wird das Gesellschaftsvermögen gebildet, an welchem dem Gesellschafter ein seinen Einlagen, Beiträgen und Leistungen entsprechender Anteil zusteht. Dieser Anteil ist aber entsprechend dem Gesamthandsprinzip [bei Bestehen der Gesellschaft nicht ausgeschieden] seiner alleinigen Verfügung entzogen. Er kann ihn nur nach anteilsmäßiger Übernahme der gemeinsamen Schulden bei Auflösung der Gesellschaft oder bei seinem Austritt als Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter geltend machen. Darin beruht die dingliche Gebundenheit der Gesamthand, die vielleicht zuerst im Vergleich zur freien Verfügungsmacht der römischen Socii als Härte erscheinen mag. Diese Nachteile werden aber besonders bei der offenen Handelsgesellschaft zu Vorteilen, die ihr noch mehr als der bürgerlichen Gesellschaft gewährt werden, und

---

[18]) BGB. § 705; HGB. § 109.
[19]) Gareis S. 182.
[20]) Ebenso Cosack S. 526; Gareis S. 207; Staub S. 348 u. 354; ERG. Bd. 34 S. 55; Hahn, Materialien S. 256.
[21]) Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 38; Cosack, HR. S. 530.
[22]) BGB. § 705; HGB. § 105.
[23]) Cosack, HR. S. 549; Dernburg S. 532; Planck S. 458; Staub S. 347; Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 61.

durch die sie der juristischen Person sehr nahe kommt, ohne ihr jedoch gleichgestellt werden zu können. Indem die Handelsgesellschafter unter einem gemeinschaftlichen Namen, der Firma, nach außen hin kenntlich auftreten, können sie Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.[24])

Die Bestimmung, daß die Handelsgesellschafter andererseits wieder ihre Haftung nicht auf das Gesellschaftsvermögen beschränken können, sondern auch mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden haften, erklärt sich daraus, daß die „Gesellschafter nach Belieben das Gesellschaftsvermögen zum Vorteil ihres Sondervermögens verkürzen und z. B. ihre vertragsmäßigen Einlagen durch einstimmigen Beschluß zurückziehen können".[25]) Darin liegt in Anbetracht des größeren Geldumsatzes, den der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, eine ungleich größere Gefahr für die Gläubiger einer Handelsgesellschaft als für die einer bürgerlichen Gesellschaft, zumal ihnen ein Widerspruchsrecht gegen einen derartigen Beschluß nicht zusteht. Die gesteigerte Haftung bildet ein schwerwiegendes Gegengewicht gegen diese Befugnis der Gesellschafter.

Infolge dieser den einzelnen treffenden strengen Haftung werden die Gesellschafter ihrerseits Wert darauf legen, daß die Individualität der Mitglieder, mit denen sie den Vertrag geschlossen haben, streng gewahrt bleibt, zumal ein jeder von ihnen zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet ist, oder wenigstens bei der Übertragung derselben an einzelne Mitglieder durch seine Stimme beteiligt ist.[26]) Dieser billigen Forderung trägt das Handelsgesetzbuch Rechnung, indem es bestimmt, daß Ereignisse, die das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Folge haben, als Auflösungsgründe der ganzen Gesellschaft gelten sollen. Diese Vorschriften sind aber nicht zwingende Norm, sondern haben nur subsidiäre Geltung, falls im Gesellschaftsvertrage nicht das Gegenteil bestimmt ist: daß sie unter den übrigen Mitgliedern event. mit ihren Erben fortbestehen soll. Ist nun dieses Fortbestehen der Gesellschaft die einzige Form, unter der ein Wechsel der Mitglieder möglich ist, ohne die Gesellschaft aufzulösen, oder ist es auch zulässig, daß der entgegengesetzte Fall eintritt und ein neues bisher unbeteiligtes Mitglied in die Gesellschaft aufgenommen wird? Das Handelsgesetzbuch enthält hierüber keine ausdrücklichen Bestimmungen, ebensowenig das für das Handelsrecht subsidiär geltende Gesellschaftsrecht des Bürger-

---

[24]) HGB. § 124.

[25]) Seufferts Arch. Bd. 12 Nr. 58; Knoke, Recht der Ges. S. 79; Cosack, HR. S. 539; Hergenhahn S. 45; Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 59; Entsh. d. ROHG. Bd. 24 S. 163.

[26]) HGB. § 114.

lichen Gesetzbuchs, so daß die Beantwortung dieser Frage der Wissenschaft überlassen ist.

II. Zulässigkeit des Eintritts ohne Neugründung.

In der bisherigen Literatur hat man sich in dieser Beziehung hauptsächlich mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts befaßt, und zwar sind zwei verschiedene Ansichten vor allem vertreten worden: Daß ein Neueintritt in eine Gesellschaft im praktischen Leben unumgänglich ist, geben beide Parteien zu. Aber die juristische Natur desselben wird verschieden erklärt. Die einen glauben den Eintritt nur dadurch ermöglichen zu können, daß durch den Beitritt eines neuen Gesellschafters die alte Gesellschaft aufgelöst wird und auf Grundlage des alten Gesellschaftsvertrages ein neuer Vertrag geschlossen wird. Die anderen dagegen halten den Neueintritt ohne Erneuerung des Vertrages für sehr wohl möglich; an der alten Gesellschaft werde dadurch nichts geändert, sie bestehe mit dem neuen Mitgliede unverändert fort. — Die Frage nach der Wirkung des Eintritts eines neuen Mitgliedes in eine offene Handelsgesellschaft galt bisher infolge der Ähnlichkeit mit einer juristischen Person im Sinne der letzteren Ansicht als unbestritten.[27]) Man zog zur Begründung auch den § 130 heran, der folgende Bestimmung enthält: „Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet wie jeder andere Gesellschafter auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft.“ Ehrenberg[28]) erklärt diese Abweichung des Handelsgesetzbuches von dem Bürgerlichen Gesetzbuch dadurch, daß das Handelsgesetzbuch das Prinzip der gesamten Hand viel energischer durchgeführt hat als das Bürgerliche Gesetzbuch, welches entsprechend dem Charakter der römischen Sozietät unbedingt einen neuen Gesellschaftsvertrag und eine Neugründung fordere. Diese Ansicht Ehrenbergs beruht aber auf einer falschen Auslegung des § 130 HGB., wie ein Vergleich mit §§ 138, 139 HGB. und §§ 736, 737 BGB. zeigt. Während in diesen Paragraphen deutlich zum Ausdruck gebracht wird, daß im Falle des Ausscheidens eines Mitgliedes die Gesellschaft unter den übrigen resp. mit den Erben des Ausgeschiedenen fortgesetzt werden kann, regelt § 130 nur die Schuldenhaftung des neueintretenden Gesellschafters. Ob die alte Gesellschaft aufgelöst wird oder fortbesteht, darüber sind auch hier keine Bestimmungen enthalten.[29]) Der Eintritt ohne Neugründung wird hier-

---

[27]) Gierke, Vereine S. 26.
[28]) Ebenso Bulk S. 42.
[29]) Ebenso Gierke, Vereine S. 26.

mit nicht ausdrücklich gestattet, sondern höchstens als zulässig vorausgesetzt; als Beweis kann dieser Paragraph nicht herangezogen werden.[30]) Wie die übrigen Gegner des Eintritts ohne Neugründung sich zu dieser Frage hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft stellen, ist aus ihren Schriften nicht deutlich ersichtlich. Planck scheint in konsequenter Durchführung seiner Ansicht über den Neueintritt in eine bürgerliche Gesellschaft auch die Fortsetzung einer Handelsgesellschaft mit bisher unbeteiligten Dritten nur im Wege der Neugründung zulassen zu wollen, denn er sieht in Übereinstimmung mit obiger Auslegung in dem § 130 HGB. auch nur eine Lösung der Frage, wie sich die Haftung des eintretenden Gesellschafters gestaltet.[31]) In gleicher Weise werden auch die übrigen Schriftsteller ihre Ausführungen über die bürgerliche Gesellschaft auch auf die offene Handelsgesellschaft ausdehnen müssen, da auf diese, soweit nicht ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden,[32]) und in dem § 130 keine entgegengesetzte Vorschrift zu erblicken ist.

Wie bereits erwähnt, hält auch das Handelsgesetzbuch im allgemeinen an dem Grundsatze fest, daß die Gesellschaft vor allem auf der Individualität, auf dem gegenseitigen Vertrauen der einzelnen Mitglieder beruht, die in ihrer Gesamtheit den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen suchen. Demgemäß zieht das Ausscheiden eines Mitgliedes die Auflösung der ganzen Gesellschaft nach sich, doch ist diese Bestimmung nicht zwingende Norm, vielmehr können folgende Abänderungen vereinbart sein. Die Gesellschafter können im Vertrage festgesetzt haben:

1. daß die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen soll, wenn ein Gesellschafter kündigt, stirbt oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird;[33])

2. daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll.[34])

Ferner kann ein Gesellschafter beim Vorliegen eines wichtigen Grundes in seiner Person vom Gericht aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden,[35]) ohne daß dadurch die Gesellschaft aufgelöst wird, und schließlich kann dem Privatgläubiger eines Gesellschafters, der die Gesellschaft kündigt, weil er sonst nicht in den Besitz seiner Forderung gelangen kann, erklärt werden, daß nach Ausscheiden seines Schuldners mit dem

---

[30]) Ebenso Hellwig, Anspruch S. 282; Verträge S. 397.
[31]) Planck § 736 S. 480.
[32]) § 105, 2.
[33]) HGB. § 138.
[34]) § 139.
[35]) § 140.

Ende des Geschäftsjahres die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortbestehe.

Daß in diesen gesetzlich gestatteten Fällen der Fortsetzung der Gesellschaft die alte Gesellschaft als solche fortbestehe, ist bisher selbst von den Gegnern des Eintritts ohne Neugründung nicht bestritten worden. Planck[36]) faßt diese Bestimmung als eine Konzession auf, die dem praktischen Bedürfnis des täglichen Lebens gemacht wird. Dem Fall, daß die Gesellschaft unter den übrigbleibenden Gesellschaftern fortbestehen soll, schreibt auch er die Wirkung zu, „daß im Augenblick des Eintritts der Bedingung der Gesellschafter ausscheidet und die Gesellschaft nunmehr unter den übrigen Gesellschaftern, sonst aber wie bisher weiter besteht".[37]) Ebenso gibt er zu, daß, „wenn vereinbart ist, daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortbestehen soll, im Falle des Todes dieses Gesellschafters die bisherige Gesellschaft fortbesteht; die Erben treten von Rechts wegen, ohne daß eine neue Einigung nötig oder ein neuer Gesellschaftsvertrag zu unterstellen wäre, in betreff der aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen, gerade wie bei anderen Schuldverhältnissen, an die Stelle ihres Erblassers".[38])

Erst in neuester Zeit hat Kopp[39]) auch in dieser Hinsicht eine entgegengesetzte Ansicht aufgestellt, indem er die Möglichkeit jeglichen Mitgliederwechsels in der Gesellschaft durch eine doppelte Auslegung des Wortes „Gesellschaft" zu erklären sucht. Er versteht einmal unter „Gesellschaft" den Personenverband der Gesellschafter einschließlich des Gesellschaftsvermögens, und zweitens das Gesellschaftsvermögen ausschließlich des Personenverbandes. Diese letztere Bedeutung hat nach seiner Ansicht jedesmal das Wort „Gesellschaft", wenn im Gesetz von einem Fortbestehen der Gesellschaft die Rede ist. Infolge des Individualitätsprinzips fordere jeder Mitgliederwechsel Auflösung des Personenverbandes, aber das ungeteilte Gesellschaftsvermögen sei imstande, den ursprünglichen Personenverband zu überleben, auf Grund des weiterbestehenden Gesellschaftsvermögens könne sich dann eine andere Personengemeinschaft bilden. Zur Bestärkung dieser seiner Ansicht führt Kopp noch an: „Die Annahme, daß im Falle einer Mitgliederveränderung die Gesellschaft als Ganzes incl. Personenverband fortbestehe, würde notwendig die Fiktion der Gesellschaft als eine vom Personenbestande unabhängige Einheit, als

[36]) Planck S. 479; ebenso Oertmann S. 466 und Lehmann-Ring S. 298.
[37]) Planck S. 480.
[38]) Planck S. 475; ebenso Oertmann S. 426 und Lehmann-Ring S. 301.
[39]) Kopp S. 11 ff.

juristische Person involvieren, deren Bestand unabhängig von dem Wechsel seiner Mitglieder ist.“ Mit diesen Worten aber widerlegt Kopp seine eigene Konstruktion, indem er gleichzeitig das Wesen und die Unterschiede der Gesellschaft zur gesamten Hand und der juristischen Person vollkommen verkennt. Denn gerade dadurch, daß er das Gesellschaftsvermögen als von dem Personenverband völlig unabhängig hinstellt, macht er nun seinerseits die offene Handelsgesellschaft zu einer juristischen Person, deren Bildung er durch seine Konstruktion zu verhindern suchte, und stellt sich dadurch mit dem ganzen Wesen der gesamten Hand in Widerspruch. Nach dem Gesamthandsprinzip sollen die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit über das zwar abgesonderte, aber durchaus nicht selbständige Gesellschaftsvermögen verfügen. Eine solche Verfügung ist aber unmöglich, wenn die Gesamtheit nicht mehr besteht. Mit ihrer Auflösung geht auch das Subjekt des Gesellschaftsvermögens zugrunde.[40]) Soll das Vermögen dennoch fortbestehen, so kann es dies nur als ein von den Mitgliedern völlig verschiedenes Rechtssubjekt, das über den Mitgliedern steht. Dadurch aber wird die offene Handelsgesellschaft zur juristischen Person, die es nach dem Gesetz nicht sein soll, und mit der die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter unvereinbar ist.[41]) Aus der Möglichkeit, daß trotz des Ausscheidens eines Mitgliedes der Personenverband der übrigen fortbesteht, darf dieselbe Folgerung, wie Kopp es tut, nicht gezogen werden. Daß das Gesetz eine derartige Bestimmung getroffen hat, erklärt sich daraus, daß die gesamte Hand eine Mittelstellung zwischen der Sozietät und der Korporation einnimmt, daß, wie Gierke sagt, „die Gesellschaft in eine Form gegossen ist, vermöge der sie auch bei normaler Ausgestaltung sich einer Korporation nähert, ihr aber nicht gleichkommt“.[42]) Eine Durchbrechung des Individualitätsprinzips ist hierin nicht zu erblicken. Wie aus den angeführten Paragraphen über die Fortsetzung ersichtlich ist, bedarf es zur Fortsetzung der Gesellschaft jedesmal einer dahingehenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrage resp. eines Beschlusses im konkreten Fall, die Gesellschafter sind also durchaus nicht zur Fortsetzung gezwungen, sondern können, je nachdem ihnen die weitere Zusammensetzung der übrigbleibenden Mitglieder genehm ist oder nicht, durch freie Willensbetätigung das Schicksal der Gesellschaft entscheiden.

Bestrittener als diese eben erörterte Frage ist die Ansicht, daß auch der Eintritt eines neuen Mitgliedes möglich sei, ohne die Gesellschaft aufzulösen. Die Gegner dieser Ansicht beschränken sich

---

[40]) Entsch. des RG. Bd. 3 S. 57 ff., Bd. 5 S. 55, Bd. 18 S. 139; Entsch. des ROHG. Bd. 2 S. 37, Bd. 3 S. 417, Bd. 5 S. 205, Bd. 9 S. 17, Bd. 12 S. 261, Bd. 14 S. 5, Bd. 20 S. 180, Bd. 25 S. 126.

[41]) HGB. § 105.

[42]) Gierke, Vereine S. 13.

bei dem Beweis ihrer Behauptung im allgemeinen auf den Hinweis, daß aus einer Ausnahme nicht weitere Folgerungen gezogen werden dürften. Hätte das Gesetz analog dem Austritt eines Mitgliedes auch einen Eintritt mit gleicher Wirkung für zulässig erachtet, so hätte es auch hierüber Bestimmungen getroffen. Da dies nicht der Fall ist, so müßte aus den allgemeinen Grundsätzen gefolgert werden, daß die Aufnahme eines neuen Gesellschafters nur im Wege der Neugründung möglich sei, da die Gesellschaft keine selbständige Persönlichkeit habe.[43])

Eingehender in der Begründung seiner Gegenansicht ist Laband,[44]) der die Handelsgesellschaft ganz nach römischen Grundsätzen behandelt wissen will, da die Theorie vom Gesamtrecht ihre Berechtigung nicht positiv beweisen könne, vielmehr nur die Negation enthalte, daß die römischrechtlichen Grundsätze vom Miteigentum nicht Platz griffen. Wenn man einen neuen, vom Miteigentum verschiedenen Rechtsbegriff aufstellen wolle, so sei erforderlich, daß sich derselbe durch ein spezifisches Merkmal vom Miteigentum unterscheide. Man dürfe sich aber nicht auf die juristisch inhaltlose Behauptung beschränken, daß das Recht der Gesamtheit mannigfach gestaltet, vielfach modifiziert sein könne, daß das Gesamteigentum kein gleichmäßiges, von unabänderlichen Grundsätzen beherrschtes Institut sei, daß es in verschiedenen Formen zur Erscheinung kommen könne usw.

Es soll im folgenden nicht noch einmal unternommen werden, die Ansichten dieser Schriftsteller aus dem Wesen und der Entwicklung der gesamten Hand zu widerlegen. Die Ausführungen Gierkes sind auf diesem Gebiet zu eingehend, als daß ihnen noch irgend etwas Neues hinzugefügt werden könnte.[45]) Vorläufig möge der Hinweis genügen, daß durch die Aufnahme des Gesamthandprinzips in das Bürgerliche Gesetzbuch[46]) das bereits vorher im Handelsgesetzbuch vertretene deutschrechtliche System[47]) in seiner Existenzberechtigung nur noch bestärkt ist und somit die Ansicht Labands als überwunden zu bezeichnen ist.[47])

Was nun die Ansicht der übrigen Gegner des „Fortbestehens trotz Eintritts eines neuen Mitgliedes“ betrifft, so ergibt sich aus analoger Anwendung der einschlägigen Gesetzesvorschriften die Unhaltbarkeit ihrer Meinung, wie folgende Ausführungen bestätigen mögen.

Die Grundlage des ganzen Gesellschaftsverhältnisses bildet in erster Linie der Vertrag. Durch ihn können die Gesellschafter die Gesetzes-

---

[43]) Planck S. 480; Oertmann S. 467.
[44]) Laband Bd. 31 S. 55 u. 56.
[45]) Daran im Anschluß ebenso Knoke und Bulk.
[46]) Protokolle II, 2496/97.
[47]) Oertmann S. 442 ebenso.

vorschriften, soweit sie nicht zwingender Natur sind, beliebig einschränken und erweitern. Als Richtschnur für den Vertragsinhalt wird man vor allem die beste Möglichkeit zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes, Erzielung eines möglichst großen Gewinnes aus dem betriebenen Handelsgewerbe, im Auge haben. Daß in der Aufnahme eines womöglich kapitalfähigen neuen Mitgliedes ein Hindernis zu sehen ist, wird von niemand behauptet werden. Es fragt sich nur, ob einer derartigen Vertragsbestimmung nicht zwingende Gesetzesvorschriften entgegenstehen. Ausdrücklich gesetzlich gestattet ist die Aufnahme ohne Neugründung nicht, dagegen spricht das Gesetz in den §§ 138, 139, 140 und 141 HGB. und § 738 BGB. von der Fortsetzung unter den bisherigen Mitgliedern trotz Ausscheidens eines Mitgliedes bezw. mit dem Erben des ausgeschiedenen. Dernburg[48]) benutzt diese Bestimmung, indem er aus ihrer analogen Anwendung auf die Möglichkeit der Aufnahme ohne Neugründung schließt. Diese Analogie allerdings ist nicht ohne weiteres zulässig, denn diese Rechtssätze schützen die Gesellschaft nur vor der Auflösung infolge der Auflösungsgründe der §§ 131, 4. 5. 6 u. 135, in denen das Ausscheiden des einen Mitgliedes gegen den Willen der übrigen Mitglieder erfolgt; es kann daraus nicht umgekehrt die Zulässigkeit der Fortsetzung trotz einer Veränderung im Mitgliederbestande, in diesem Falle die Aufnahme eines neuen Mitgliedes, die mit dem Willen der übrigen erfolgt, gefolgert werden. Gegen diese Analogie ist der Einwand berechtigt, daß der Gesetzgeber auch die Gesellschaft vor der Auflösung infolge des sich aus allgemeinen Gesichtspunkten ergebenden Auflösungsgrundes, nämlich der Aufnahme eines neuen Mitgliedes, geschützt hätte, wenn das seine Absicht gewesen wäre. Folgende Erörterungen mögen dazu dienen, die Lücke in der Analogie Dernburgs auszufüllen.

§ 131, 1 u. 2 HGB. bestimmen, daß die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit und durch Beschluß der Gesellschafter aufgelöst wird. Damit ist der Vertragsfreiheit der Mitglieder größter Spielraum gewährt, so daß sie durch ihre Willensübereinstimmung über das Bestehen der Gesellschaft vollständig verfügen können. Die Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen ist, wird regelmäßig im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein. Sie braucht jedoch nicht als ein fester Zeitpunkt bestimmt zu sein, sondern kann auch von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden. Zwingender Natur ist dieser Auflösungsgrund nicht, wie aus der Fassung des Art. 123 Ziff. 5 des alten HGB. hervorgeht, dessen Inhalt auch durch das neue Gesetz nicht abgeändert sein soll. Der Zusatz: „sofern die Gesellschafter dieselbe nicht stillschweigend fortsetzen“ brauchte nicht besonders in das

[48]) Dernburg, Bürgerl. Recht S. 553.

neue Gesetz aufgenommen zu werden. Auch in einer stillschweigenden Fortsetzung ist immer ein Beschluß aller Gesellschafter enthalten, und durch einen solchen kann der ursprüngliche Vertrag nach Belieben geändert und ergänzt werden, also z. B. auch der Endtermin weiter hinausgeschoben werden.

Auch folgende Abmachungen können infolge der Vertragsfreiheit entweder im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage oder in späteren Vereinbarungen enthalten sein. Die Gesellschaft soll unter den ersten Mitgliedern eine bestimmte Zeit lang bestehen. Dann mit Eintritt dieses Endtermins sollen ein oder mehrere Mitglieder ausscheiden, die alte Gesellschaft aber unter den übrigen fortgesetzt werden. Es wäre dies ein, dem im Gesetz erwähnten Fortbestehen der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Mitgliedes analoger Fall, der um so mehr Berechtigung hat, als hier nicht nur die Fortsetzung der Gesellschaft, sondern auch das Ausscheiden der betreffenden Mitglieder auf dem gemeinsamen Willen aller Gesellschafter beruht. Mit der Kündigung seitens der ausscheidenden Mitglieder darf dieser Fall nicht identifiziert werden, da die zurückbleibenden Mitglieder die Kündigung nicht als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung entgegengenommen haben, sondern selbst an dem Zustandekommen der Vereinbarung mitgewirkt haben. Ein Beweis für die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung ist die Fassung des Art. 127 des alten HGB., in dem es heißt: „Wenn die Gesellschafter von der Auflösung der Gesellschaft übereingekommen sind, daß ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, so endigt die Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausscheidenden, im übrigen besteht sie mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fort."

Dieselben Folgerungen ergeben sich aus § 131 Ziff. 2 HGB., daß die Gesellschaft durch Beschluß der Mitglieder aufgelöst wird. Diese Vorschrift enthält im Verhältnis zu der der Ziff. 1 eigentlich keine Besonderheit. Der Unterschied besteht nur darin, daß bei der Setzung eines Endtermins erst ein künftiger Auflösungsgrund geschaffen wird, während durch den Beschluß die Auflösung sofort herbeigeführt wird. Auch in diesem Falle ist es sehr wohl denkbar, daß der Auflösungsbeschluß gleichzeitig die Abrede enthält, die Gesellschaft unter einer bestimmten Zahl der bisherigen Mitglieder fortzusetzen. Man denke z. B. an den Fall, daß die Beiträge eines Gesellschafters in Diensten, in der Geschäftsführung oder auch in der Überlassung seines Namens zur Krediterhöhung bestehen. Infolge von Krankheit oder Verschlechterung der eigenen Vermögensverhältnisse ist sein ferneres Verweilen in der Gesellschaft nicht mehr ratsam; sein Ausscheiden kann dann durch gegenseitige Übereinkunft herbeigeführt werden. Und zwar wird durch einen derartigen Beschluß das sofortige Ausscheiden

des Gesellschafters ermöglicht, während derselbe Erfolg sonst nur durch richterliches Urteil oder Kündigung für den Schluß des Geschäftsjahres ermöglicht werden könnte. Ist demnach auch im konkreten Fall die Verringerung des Mitgliederbestandes durch Beschluß der Gesellschafter zulässig, so muß ihnen auch die entgegengesetzte entsprechende Befugnis zugesprochen werden, durch gemeinsamen Beschluß im konkreten Fall neue Mitglieder aufzunehmen, ohne erst den Umweg der Neugründung beschreiten zu müssen.

Eine Durchbrechung des Individualitätsprinzips ist in einer solchen Vereinbarung nicht zu erblicken. Das alte HGB. durch Art. 127 und, wenn auch nicht so ausdrücklich, so doch indirekt das neue HGB. durch § 131, 1 u. 2 kommen mit der von ihnen gestatteten Ausnahme des Fortbestehens trotz Vorhandenseins eines Auflösungsgrundes durch Beschluß der Mitglieder einem unverkennbaren, praktischen Bedürfnis entgegen. Denn es würde, wenn alle anderen Gesellschafter das bisherige Verhältnis fortsetzen wollen, eine unberechtigte Härte sein, sie unbedingt zu nötigen, mit Unterbrechung der Geschäfte die Kosten und Weitläufigkeiten einer gänzlichen Abrechnung auf sich zu nehmen und dann einen neuen Gesellschaftsvertrag unter sich zu schließen.[49]) Dieser seiner Absicht würde das Gesetz jedoch nur zur Hälfte gerecht werden, wenn es nur trotz des Ausscheidens eines Mitgliedes ein Fortbestehen der alten Gesellschaft für zulässig erklären wollte, dagegen beim Eintritt eines neuen Mitgliedes Auflösung und Neugründung verlangte. Diese letztere Absicht darf dem Gesetz nicht untergeschoben werden. Als Endziel schwebte dem Gesetzgeber vor, dem Interesse der Gesellschafter nach Möglichkeit entgegenzukommen, der Erreichung ihres Zweckes keine Hindernisse in den Weg zu legen. Daher hat er den gemeinsamen Willen der Gesellschafter, soweit dadurch nicht die Interessen Dritter geschädigt werden, über seine Bestimmungen gestellt und demgemäß auch den Eintritt ohne Auflösung nicht verboten, sobald er dem Willen der Gesellschafter entspricht.

Damit ist aus dem Gesetzestexte selbst die Streitfrage entschieden und namentlich die Ansicht derjenigen widerlegt, welche glauben, die fragliche Lücke des Gesetzes nach dem römischen Sozietätsrecht ergänzen zu müssen. Nach diesen Grundsätzen allerdings wäre der Mitgliederwechsel ohne weiteres ausgeschlossen, das deutsche Gesamthandsprinzip aber läßt ihn zu, wenn die Gesellschafter damit einverstanden sind. Das von Laband zur Rechtfertigung eines besonderen Rechtsinstituts geforderte spezifische Unterscheidungsmerkmal beider Institute ist in der dinglichen Gebunden-

[49]) Motive zum preuß. Entwurf eines HGB. S. 64 und 68; Entsch. d. RG. VII S. 124.

heit des Gesellschaftsvermögens, dem gemeinschaftlichen Eigentum der Gesellschafter an diesem im Gegensatz zu der freien Verfügungsberechtigung der römischen Socii über ihre Anteile zu erblicken. Laband bestreitet diesen Unterschied zwar, indem er die der Societät eigentümliche Quotenteilung auch bei der offenen Handelsgesellschaft als vorhanden annimmt, da der Anteil eines jeden zwar wandelbar, aber im konkreten Fall sofort berechenbar sei, so daß man nicht zu der Theorie eines Vermögens zur gesamten Hand seine Zuflucht zu nehmen brauche. Hierbei beachtet Laband aber nicht, wie Staub sehr richtig bemerkt, daß das Gesellschaftsvermögen auch den Gesellschaftern gehört, die keine Kapitaleinlage gemacht hätten, oder deren Konto sich durch Abschreibungen sogar bis auf ein Minus verringert hätte, und daß trotzdem auch ihnen in Verbindung mit den übrigen Gesellschaftern eine Verfügung über das Gesellschaftsvermögen zusteht. Wollte man dennoch eine Quotenteilung annehmen, so müßte man ihnen beim Ausfall der Quote die gemeinsame Verfügungsberechtigung entziehen, damit aber mit den gesetzlichen Bestimmungen des § 718 BGB. in Widerspruch geraten.

III. Form der Aufnahme eines neuen Mitgliedes.

§ 1.

In welcher Weise können nun die Gesellschafter ihren Willen, eine Erweiterung ihres Mitgliederbestandes herbeizuführen, verwirklichen? Der juristisch einfachste Fall ist der, daß die Gesellschafter einen neuen Genossen in ihre sonst unveränderte Gesellschaft aufnehmen. Dies geschieht durch einen Vertragsabschluß, bei dem die eine Partei durch den aufzunehmenden Gesellschafter, die andere durch die bisherigen Gesellschafter (manibus coniunctis) dargestellt wird. Da zum gültigen Abschluß eines Vertrages gehört, daß beide Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben,[50]) so ist natürlich auch erstes Erfordernis, daß innerhalb der einen Partei Einigkeit über das von ihr Gewollte vorhanden ist. Diese Einigkeit wird unter den Gesellschaftern durch einen Beschluß erzielt, für den nach § 119 HGB. Einstimmigkeit erforderlich ist. Ob eine gemäß Abs. 2 des § 119 im Gesellschaftsvertrag enthaltene Bestimmung über die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen auch auf die Aufnahme neuer Mitglieder ausgedehnt werden darf, ist zweifelhaft. Dagegen spricht, daß nicht die Gesellschaft als solche, sondern die einzelnen Mitglieder, wenn auch in ihrer Verbundenheit, in obligatorische Beziehungen zu dem Aufzunehmenden treten wollen. Man kann einem

[50]) BGB. § 154.

Mitgliede, das gegen die Aufnahme der fraglichen Person ist, nicht zumuten, daß es trotzdem, gezwungen durch den Beschluß der übrigen, sich der Geschäftsführung, die ja auch dem neuen Gesellschafter zustehen würde,[51]) anvertraut. Uneinigkeit würde die notwendige Folge dieser Ausdehnung von Majoritätsbeschlüssen sein, da die Mitglieder, die gegen die Aufnahme gestimmt haben, auch weiterhin gegen das neue Mitglied voreingenommen sein werden und öfter, als es dem gegenseitigen Vertrauensverhältnis entspricht, gegen Handlungen desselben Einspruch erheben werden.[52]) Die Aufnahme eines neuen Mitgliedes entspricht dem Ausschluß eines bisherigen Gesellschafters. Da hierzu ein Antrag aller übrigen Gesellschafter erforderlich ist, müssen in entsprechender Weise auch bei der Aufnahme alle Mitglieder ihre Zustimmung erteilen.[53])

§ 2.

Ein im praktischen Leben häufig vorkommender Grund für den Eintritt eines neuen Gesellschafters ist der, daß ein bisheriges Mitglied ausscheidet, die Mitgliederzahl dennoch aber auf dem früheren Bestand erhalten werden soll. Das Gesetz bestimmt, daß wenn ein Mitglied aus der Gesellschaft ausscheidet, die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage das Gegenteil vereinbart ist. Eine derartige Vereinbarung kann bereits vorher im Gesellschaftsvertrage mit dem Zusatz getroffen werden, daß die Gesellschafter sich gegenseitig verpflichten, eine bestimmte dritte Person an die Stelle des Ausgeschiedenen aufzunehmen, im gegebenen Falle mit dieser den Aufnahmevertrag abzuschließen. Ebenso kann vereinbart sein, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt wird. Sind mehrere Erben vorhanden, so kann von ihnen ein Miterbe als Gesellschafter präsentiert werden, da die bisherigen Mitglieder keinen Einfluß darauf ausüben können, wer von den Erben wirklich Erbe wird.[54]) Nicht zulässig ist es, daß die Gesellschafter von vornherein sich verpflichten, ihre Zustimmung zur Aufnahme eines beliebigen Dritten zu geben, der von einem oder mehreren Gesellschaftern vorgeschlagen wird, oder auf den ein Mitglied seine sämtlichen Sozietätsrechte abtreten will.[55]) Eine derartige Vereinbarung würde dem Wesen der offenen

---

[51]) HGB. § 114.
[52]) HGB. § 115.
[53]) Ebenso: Cosack S. 571; Makower S. 216; Knoke S. 174; Hergenhahn S. 94.
[54]) Ebenso Entsch. d. RG. II S. 33; Lehmann-Ring S. 230; Behrend S. 479; Staub S. 389.
[55]) Ebenso Knoke, Eintritt S. 174; Behrend S. 749; Staub S. 389; anders Lehmann-Ring S. 231.

Handelsgesellschaft aus denselben Gründen widersprechen, die die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur Aufnahme eines neuen Mitgliedes erforderlich machen.

§ 3.

Ist eine Vereinbarung, die Gesellschaft trotz des Ausscheidens eines Mitgliedes fortzusetzen, in dem Vertrage nicht vorhanden, so dürfte es zweifelhaft sein, ob trotz der erfolgten Auflösung eine Fortsetzung der alten Gesellschaft möglich ist und somit auch dann noch die Aufnahme eines Ergänzungsmitgliedes vereinbart werden kann. Diese Frage scheint bei der allgemeinen Auffassung von dem Wesen der Auflösung ohne weiteres zu bejahen zu sein. Nach übereinstimmender Ansicht[56]) hört mit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft nicht jegliche Rechtsgemeinschaft unter den Sozien auf, sondern nur die offene Handelsgesellschaft als solche wird dadurch beendet. Die für den Betrieb eines Handelsgewerbes wesentliche Gewinnabsicht der Gesellschafter und die sich hieraus ergebende produktive Seite erlischt, während die rechtlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zu Dritten fortbestehen. Das Gesellschaftsvermögen bleibt auch fernerhin der Dispositionsbefugnis der einzelnen Mitglieder entzogen, bis die Gesellschafter ihre neue Absicht, ihre Rechtsgemeinschaft zu lösen, erreicht haben. Auf welche Weise dies geschehen soll, ist der Vereinbarung der Gesellschafter überlassen. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so ist die Liquidation, von einem Ausnahmefall[57]) abgesehen, das gesetzlich vorgeschriebene Mittel.[58]) Dadurch wird die Handelsgesellschaft zu einer Abwicklungsgesellschaft, auf die die Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und zu Dritten, wie sie für die offene Handelsgesellschaft gelten, Anwendung finden.[59]) Es können daher auch in der Abwicklungsgesellschaft Beschlüsse gefaßt werden, und Gegenstand eines solchen kann Rückverwandlung in eine offene Handelsgesellschaft sein.[60]) Es kann der Betrieb des früheren Gewerbes wieder aufgenommen werden, solange noch dinglich gebundenes Gesellschafts-

---

[56]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 884; Dernburg, Bürgerl. R. S. 567; Cosack, HR. S. 560; Staub S. 425; Lehmann-Ring S. 282; Hergenhahn S. 224; Goldmann S. 579; Makower S. 258; ERG. XVI S. 2 u. 3, XXVIII S. 132; E. ROHG. XVI S. 286, XIX S. 163.

[57]) Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft.

[58]) HGB. § 145.

[59]) HGB. § 156.

[60]) Ebenso Staub S. 426; Cosack, HR. S. 571; Lehmann-Ring S. 282.

vermögen vorhanden ist. Durch diese Rückverwandlung wird keine neue Gesellschaft gebildet, sondern die alte Gesellschaft lebt in der neuen wieder auf.

Daß auch das Gesetz eine Rückverwandlung zuläßt und eine solche fortgesetzte Gesellschaft als identisch mit der früheren erachtet, ergibt sich daraus, daß es den besonderen Fall hervorhebt, daß eine durch Konkurs aufgelöste Gesellschaft ihre Fortsetzung beschließen kann, wenn der Konkurs nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt ist. Aber hier handelt es sich um die Fortsetzung der Gesellschaft unter allen bisherigen Gesellschaftern. Die einzig hieraus zulässige Folgerung ist, daß eine Rückverwandlung der Liquidationsgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft nur möglich ist, wenn an dem alten Mitgliederbestande nichts geändert wird, d. h. wenn die Auflösung der Gesellschaft nicht durch das Ausscheiden eines Mitgliedes veranlaßt wird. Es kommen hierfür nur die unter Ziff. 1, 2 und 6 des § 131 HGB. erwähnten Auflösungsgründe in Betracht, die durch nachträglichen Beschluß im Liquidationsstadium wieder beseitigt werden können.

Der Ablauf der Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen ist, ist kein zwingender Auflösungsgrund, es kann vielmehr die Fortsetzung sowohl im Moment der Auflösung, als auch nachträglich beschlossen werden, solange die Auseinandersetzung noch nicht durchgeführt ist. Dasselbe gilt für die durch Beschluß aufgelöste Gesellschaft; auch sie kann durch eine entgegengesetzte Vereinbarung bis zur vollständigen Auseinandersetzung wiederhergestellt werden. Ebenso steht einer Fortsetzung der alten Gesellschaft nichts im Wege, wenn sie von einem Sozius gekündigt ist, dieser aber mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter die Kündigung zurücknimmt. Geschieht diese Rücknahme vor dem Zeitpunkte, mit dem die Wirkung der Kündigung eintritt, so hat die Gesellschaft überhaupt nicht aufgehört zu bestehen; geschieht sie im Liquidationsstadium, so liegt eine Rückverwandlung in eine offene Handelsgesellschaft durch Beschluß aller bisherigen Gesellschafter im obigen Sinne vor.[61]) Ist eine Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung auf Grund des § 133 aufgelöst, so ist auch ihre Fortsetzung durch Beschluß der bisherigen Gesellschafter während der Liquidation zulässig.[62])

Damit aber sind die Fälle erschöpft, in denen eine Rückverwandlung der aufgelösten Gesellschaft durch Beschluß der Gesellschafter möglich ist. Die sämtlichen übrigen Gründe, die die Auflösung der Gesellschaft nach § 131 HGB. herbeizuführen imstande

---

[61]) Ebenso Lehmann-Ring S. 288; anders Goldmann S. 586.
[62]) Ebenso Lehmann-Ring S. 293.

sind, beruhen stets auf dem Ausscheiden eines Mitgliedes. Wenn trotzdem die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen soll, so ist hierzu nach § 138 eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage erforderlich, d. h. es müssen alle Gesellschafter zugestimmt haben, und die Vereinbarung muß vor der Auflösung getroffen worden sein.[63]) Daß dies der Sinn der Worte: „ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt" sein soll, ergibt sich aus der Heranziehung des Art. 127 des alten HGB., der ebenfalls eine Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern nur zuläßt, wenn die Gesellschafter hierüber vor der Auflösung überein gekommen sind.[64]) Ist eine derartige Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage nicht vorhanden, so kann ein Fortsetzungsbeschluß nicht mehr gefaßt werden, die Auflösung der Gesellschaft ist die unausbleibliche Folge, und die Gesellschafter haben nunmehr die Pflicht, ihre Auseinandersetzung herbeizuführen. Diese kann eine sehr verschiedene sein, die Gesellschafter haben es in der Hand, durch einstimmigen Beschluß eine der vielen Möglichkeiten entweder im Gesellschaftsvertrage oder im Augenblick der Auflösung oder nach dem Eintritt der Liquidation zu vereinbaren. Immer aber ist zu bemerken, daß ein einstimmiger Beschluß unerläßlich ist. Widerspricht auch nur ein Gesellschafter der vereinbarten Art der Auseinandersetzung, so muß diese unterbleiben, und die vom Gesetz als Regel gedachte Liquidation muß stattfinden, denn sie ist ein unentziehbares Recht eines jeden einzelnen Gesellschafters.[65])

Eine der Arten, auf die die Auseinandersetzung herbeigeführt werden kann, ist die, daß einer der Gesellschafter ausscheidet und die übrigen Gesellschafter die bisherige Gesellschaft unverändert fortsetzen. Die Fortsetzung der alten Gesellschaft geschieht in diesem Falle zwar ohne den Ausscheidenden aber mit seiner Zustimmung. Dies ist das unterscheidende Merkmal von der nicht zulässigen Fortsetzung durch Beschluß der übrigbleibenden Mitglieder im Liquidationsstadium. Wenn Lehmann-Ring[66]) dennoch diese Form der Fortsetzung für zulässig erachtet, so kann er sich wenigstens nicht der Forderung verschließen, daß eine Zustimmung des Ausscheidenden erforderlich ist, die er durch nachträgliches Mitwirken desselben zu ermöglichen sucht. Er erreicht zwar damit denselben Erfolg, schließt aber damit die Fortsetzungsmöglichkeit aus, wenn diese Zustimmung z. B. infolge des Todes nicht mehr zu erlangen ist. Deshalb ist der

---

[63]) Ebenso Goldmann S. 606 und Staub S. 443; entgegengesetzt Lehmann-Ring, der den Fortsetzungsbeschluß auch nach der Auflösung für zulässig hält (S. 298).

[64]) Ebenso Planck S. 480.

[65]) EROHG. XXII S. 204; Lehmann-Ring S. 316; Goldmann S. 644.

[66]) Lehmann-Ring S. 298.

andere Weg, die Forsetzung unter den übrigen Gesellschaftern durch Vereinbarung als besondere Art der Auseinandersetzung herbeizuführen, auch praktisch der empfehlenswertere. Ist dann das Ausscheiden des Gesellschafters durch seinen Tod herbeigeführt, so geht sein Recht, Liquidation zu verlangen oder seine Zustimmung zur Fortsetzung durch die übrigen Gesellschafter als Art der Auseinandersetzung zu erteilen, auf seine Erben über,[67]) was sich ohne weiteres daraus ergibt, daß durch die Liquidation den Erben nur Gelegenheit geboten werden soll, auf sichere Weise in den Besitz ihrer Erbschaft zu gelangen. Verzichten sie hierauf und begnügen sich mit einem Anspruch gegen die fortgesetzte Gesellschaft, so braucht dieser ihrer Absicht kein Hindernis bereitet werden.

Die Folge dieser Art der Auseinandersetzung[68]) ist, daß keine vollständige Liquidation eintritt, sondern daß nur eine Auseinandersetzung zwischen der fortbestehenden Gesellschaft und dem ausscheidenden Mitgliede nach Maßgabe der §§ 738 ff. BGB. herbeizuführen ist. Diese Auseinandersetzung ließe sich, wie es der Entwurf I BGB. § 658 Abs. 4 beabsichtigte, in der Art regeln, daß der ausscheidende Gesellschafter verpflichtet ist, gegen eine entsprechende Abfindung seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen. Da jedoch trotz des Ausscheidens des betreffenden Mitgliedes die alte Gesellschaft fortgesetzt wird, das Rechtssubjekt des Gesellschaftsvermögens also keine Änderung erleidet, so ist in der zweiten Kommission die Abrechnung in der Weise geregelt, daß der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern kraft Gesetzes ohne Übertragung zuwächst, so daß selbst bei Rechten an Grundstücken eine Auflassung nicht erforderlich ist,[69]) wenngleich die zurückbleibenden Gesellschafter von dem Ausscheidenden die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen können.[70]) Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen verwandelt sich in eine persönliche Forderung gegen die fortgesetzte Gesellschaft, für die die übrigen Gesellschafter persönlich als Gesamtschuldner haften, da sie als ein Passivum der fortgesetzten Gesellschaft anzusehen ist.[71]) Die der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände haben die zurückbleibenden Gesellschafter dem Ausscheidenden zurückzugeben, im übrigen ihm aber seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Geld auszuzahlen, und zwar in Höhe dessen,

---

[67]) Anders Goldmann S. 582.

[68]) vgl. Dernburg S. 551; Staub S. 458 ff.; Goldmann S. 608 ff.; Planck S. 481 ff.

[69]) Entsch. RG. XXV S. 256.

[70]) BGB. § 894.

[71]) Entsch. RG. VII S. 94.

was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Für die Berechnung dieser Summe ist die Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens maßgebend; sie erfolgt durch Aufstellung einer Bilanz, bei der sämtliche Gesellschafter mitzuwirken haben und das Gesellschaftsvermögen, soweit es nicht in Geld besteht, nach seinem objektiven Wert abzuschätzen haben.[72]) Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch der Gewinn und Verlust aus den zur Zeit des Ausscheidens noch schwebenden Geschäften, jedoch hat an ihrer Führung der Ausscheidende keinen Anteil mehr, vielmehr sind die übrigen Gesellschafter berechtigt, sie so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Von den gemeinschaftlichen Schulden, d. h. den Verbindlichkeiten, die noch zur Zeit des Ausscheidens bestehen, muß der ausscheidende Gesellschafter befreit werden; sind sie noch nicht fällig, so können ihm die übrigen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten. Ist dies nicht geschehen und der Ausgeschiedene auf Grund seiner fortdauernden Haftung[73]) von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen worden, so kann er von der fortgesetzten Gesellschaft als auch von jedem einzelnen Mitgliede Ersatz verlangen. Dieses Rechtes geht er auch dadurch nicht verlustig, daß er infolge seiner Pflicht, für einen Fehlbetrag in der Bilanz nach dem Verhältnis seines Anteils aufzukommen,[74]) mit einem Passivsaldo ausscheidet. Es ist auch dieses nur eine reine Geldschuld an die Gesellschaft, die von dieser allerdings gegen seine Ersatzforderung aufgerechnet werden kann.[75])

§ 4.

Von dem bisher ausgeführten Grundsatz, daß zur Fortsetzung einer Gesellschaft, die durch das Ausscheiden eines Mitgliedes aufgelöst ist, es stets einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage bedarf bezw. die Zustimmung dieses Mitgliedes erforderlich ist, macht das Gesetz drei Ausnahmen, die in §§ 140 und 141 behandelt sind.

Das Gesetz geht hierbei von dem Prinzip aus, daß ein Auflösungsgrund, der in der Person eines Gesellschafters eintritt und mehr oder weniger durch sein Verschulden veranlaßt ist, nicht auch die übrigen Mitglieder zur Aufgabe des gemeinsam betriebenen Handelsgeschäfts zwingen soll, sondern daß sie statt dessen den Anschluß des betreffenden Gesellschafters herbeiführen und unter sich die

---

[72]) BGB. § 738 Abs. 2.
[73]) HGB. § 159.
[74]) BGB. § 739.
[75]) Entsch. RG. XI S. 130.

Gesellschaft fortsetzen können, ohne den Weg der Neugründung beschreiten zu müssen. Demgemäß sind folgende Bestimmungen getroffen.

Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann auf Antrag eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden.[76]) Liegt dieser Grund in der Person eines Gesellschafters, so kann statt der Auflösung die Ausschließung dieses Mitgliedes auf Antrag aller übrigen vom Gericht ausgesprochen werden. Ein Verschulden des Auszuschließenden gegen die übrigen Gesellschafter verlangt das Gesetz nicht, doch wird ein unverschuldeter Grund die Ausschließung in der Regel nicht rechtfertigen, da in ihr immerhin eine Maßregelung und Zurücksetzung des betreffenden Mitgliedes zu erblicken ist. Konkurrierendes Verschulden der übrigen Gesellschafter ist ihm als Milderungsgrund zuzurechnen.[77]) Die Wirkung des Ausschlusses ist, daß der ausgeschlossene Gesellschafter mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft des richterlichen Erkenntnisses ausscheidet, während die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortbesteht, und zwar in derselben Weise, als wäre ihre Fortsetzung im Gesellschaftsvertrage vereinbart. Die Firma kann mit Zustimmung des Ausscheidenden unverändert fortgeführt werden.[78]) Liquidation findet nicht statt; die Auseinandersetzung erfolgt nach den oben angeführten Grundsätzen der §§ 738 ff. BGB., doch richtet sich die Höhe des dem Ausscheidenden gegen die Gesellschaft zustehenden Anspruchs nach der Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkt, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist,[79]) d. h. an dem ihre Zustellung erfolgt ist,[80]) so daß er an dem Gewinn und Verlust der nachher abgeschlossenen Geschäfte keinen Anteil mehr hat.[81])

Eine weitere Möglichkeit, trotz Ausscheidens eines Mitgliedes ohne dessen Zustimmung die Gesellschaft fortzusetzen, ist den übrigen Gesellschaftern gegeben, wenn ein Privatgläubiger die Gesellschaft kündigt. Dieses Recht steht ihm zu, wenn innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist und er auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesell-

---

[76]) HGB. § 133.
[77]) Übereinstimmend: Staub S. 455; Lehmann-Ring S. 305; Makower S. 276; Goldmann S. 629; Entsch. d. RG. 24 S. 138 ff.
[78]) HGB. § 24.
[79]) HGB. § 140, 2.
[80]) ZPO. § 253, 1.
[81]) BGB. § 740.

schafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Die Kündigung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt. Der Zweck dieser Befugnis ist, den bis dahin dinglich gebundenen Vermögensanteil für die Befriedigung des Privatgläubigers frei zu machen. Da dieser Erfolg auch erreicht wird, wenn nur der Schuldige ausscheidet, so können die übrigen Gesellschafter ohne seine Einwilligung beschließen, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen soll, und dies dem Gläubiger erklären. Der Beschluß muß vor der Zeit, zu der die Auflösung erfolgen soll, also vor Ablauf des Geschäftsjahres gefaßt und dem Gläubiger mitgeteilt sein. Versäumen die Gesellschafter diese Frist, so gehen sie ihres Rechtes verlustig, und die gesetzlich gestattete Ausnahme, daß es zur Fortsetzung der Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters nicht bedarf, greift nicht mehr Platz. Jetzt ist die Fortsetzung nur noch eine Art der Auseinandersetzung, die an Stelle der Liquidation nur mit Zustimmung aller Beteiligten eintreten darf. Das Zustimmungsrecht des ausscheidenden Gesellschafters ist jedoch auf seine Gläubiger übergegangen.[82]) Die Auseinandersetzung erfolgt auch hier nach Maßgabe der oben erläuterten Bestimmungen §§ 738 ff. BGB. Die Höhe des Anteils ist nach dem Stande des Gesellschaftsvermögens am Ende des Geschäftsjahres zu berechnen. Der Gläubiger kann seine Befriedigung aus dem Auseinandersetzungsguthaben suchen. Ein etwaiger Überschuß gehört dem ausscheidenden Gesellschafter.

In gleicher Weise können die übrigen Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft verhindern, wenn sie durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters herbeigeführt wird und eine dahingehende Vereinbarung nicht bereits im Gesellschaftsvertrage vorhanden ist. Die Erklärung hat in diesem Falle gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen. Eine Frist für ihre Abgabe, wie sie bei der Kündigung durch einen Privatgläubiger vorhanden ist, ist hier nicht denkbar, da die Auflösung ipso iure eintritt. Es ist deshalb anzunehmen, daß sie unverzüglich ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen hat, da sonst die Auflösung definitiv eintritt und zur Fortsetzung der früheren Gesellschaft als Art der Auseinandersetzung Zustimmung des Konkursverwalters erforderlich wird.

Somit ist der Gesellschaft Gelegenheit geboten, trotz Ausscheidens eines Mitgliedes — ob mit seiner, seiner Erben oder ohne seine Zustimmung, richtet sich nach dem Ausscheidungsgrunde — die alte Gesellschaft fortzusetzen, ohne daß dadurch an der Identität der

---

[82]) HGB. § 145.

alten und neuen Gesellschaft etwas geändert wird. Vor allem aber ist hierdurch ermöglicht, an Stelle eines ausscheidenden Mitgliedes ein neues Mitglied aufzunehmen, ohne daß sein Eintritt im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist. Die alte Gesellschaft ist nicht aufgelöst, sondern besteht fort, und demgemäß muß auch der von der fortgesetzten Gesellschaft gefaßte Aufnahmebeschluß einer vorherigen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage gleichgeachtet werden; der Gesellschafter, dessen Aufnahme in Frage kommt, wird mit ihrer Verwirklichung Mitglied der ursprünglichen Gesellschaft.

§ 5.

Wie bereits oben erwähnt, geschieht die Aufnahme des neuen Gesellschafters durch Vertrag zwischen ihm und den bisherigen Mitgliedern. Die Frage, ob bei seinem Abschluß eine besondere Form zu beobachten ist, ist in der Wissenschaft verschieden beantwortet worden. Die Vertreter der Ansicht, daß durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters die alte Gesellschaft aufgelöst wird und auf Grundlage des alten Gesellschaftsvertrages ein neuer Vertrag geschlossen wird, verlangen naturgemäß, daß die bisherigen Gesellschafter die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens auf die von ihnen und dem eintretenden Gesellschafter gegründete neue Gesellschaft übertragen und so wieder ein geschlossenes Vermögen für die neue Gesellschaft herstellen.[83]) „Diese Übertragung vollzieht sich, wie Knoke ausführt,[84]) soweit der bloße Vertrag genügt, mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages, bei beweglichen Sachen ist Übergabe erforderlich, die aber durch constitutum possessorium oder durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ersetzt werden kann, für Grundstücke aber muß die Auflassung vorgenommen werden." Eine andere Lösung erfährt die Frage durch den in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt, daß der Eintritt eines neuen Gesellschafters eine Neugründung nicht erfordere. Da durch den Eintritt eines neuen Mitgliedes das Rechtssubjekt des Gesellschaftsvermögens ebensowenig als durch das Ausscheiden eines Mitgliedes verändert wird, so steht der analogen Anwendung des § 738 BGB. nichts im Wege. Wie beim Ausscheiden eines Mitgliedes sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst, so muß in entsprechender Weise beim Eintritt eines neuen Mitgliedes der Anteil der bisherigen Gesellschafter sich verringern, ohne daß es einer Übergabe der beweglichen Sachen oder einer Auflassung bei Grundstücken

---

[83]) Planck S. 480.
[84]) Knoke, Recht der Ges. S. 132.

bedarf.[85]) Gesetzliche Bestimmungen stehen dieser Auffassung nicht entgegen, sie wird vielmehr dadurch bestärkt, daß das Gesetz auch in anderen Fällen, wie z. B. bei der Einverleibung einzelner Stücke in das Inventar durch den Pächter, von den Formvorschriften des sachenrechtlichen Rechtserwerbes absieht.[86])

IV. Wirkung der Aufnahme.

§ 1.

Die Wirkung des abgeschlossenen Vertrages ist, daß der eintretende Gesellschafter die Rechte und Pflichten übernimmt, wie sie sich für ein jedes Mitglied aus den gesetzlichen Bestimmungen und dem Gesellschaftsvertrage ergeben. So wird er wie ein Gesellschafter des bürgerlichen Rechts namentlich den gemeinsamen Zweck, den Betrieb des Handelsgewerbes zu fördern haben und Beiträge zu leisten haben.[87]) Bestehen diese in verkehrsfähigen Objekten, so ist Übertragung auf alle Gesellschafter, und zwar je nach ihrer Beschaffenheit bei beweglichen Sachen Übergabe, bei Grundstücken Auflassung und Eintragung erforderlich.[88]) Einige Besonderheiten ergeben sich für die Handelsgesellschaft hinsichtlich der Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Gemeinsam ist der Gesellschaft des bürgerlichen und des Handelsrechts, daß neu eintretende Gesellschafter nicht nur für die nach ihrem Eintritt, sondern auch für die vor ihrem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Es ist dies wiederum eine Folge davon, daß durch den Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschafter die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, sondern unverändert fortbesteht. Durch das Ausscheiden eines Mitgliedes wird an der Haftung der fortgesetzten Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der ursprünglichen nichts geändert, ebensowenig vermag die Aufnahme eines neuen Mitgliedes eine Änderung in der Haftung der Gesellschafter in ihrer Verbundenheit herbeizuführen. Indem der neue Gesellschafter in die personenrechtliche Gemeinschaft eintritt, tritt er auch in die Haftung derselben ein, die Gesellschaftsschulden gelten gewissermaßen als zur Zeit seiner Mitgliedschaft entstanden.[89])

---

[85]) Ebenso Knoke, Eintritt S. 175ff.; Dernburg S. 553ff.; Gierke, Vereine S. 24 ff.

[86]) BGB. § 588, 2; Joerges S. 214.

[87]) BGB. § 706.

[88]) Staub S. 383; Gierke, Vereine S. 23.

[89]) Ebenso Knoke, Eintritt S. 181; Hellwig, Verträge S. 397; Staub S. 424.

Zu diesem Resultat können, wenigstens bei der bürgerlichen Gesellschaft, selbstverständlich nicht die Vertreter der Ansicht gelangen, daß durch den Eintritt eines neuen Mitgliedes die alte Gesellschaft aufgelöst werde. Zwar haften die Mitglieder der ursprünglichen Gesellschaft persönlich weiter, doch kann hieraus keine Haftung des Gesellschaftsvermögens hergeleitet werden, denn zur Zwangsvollstreckung in dieses wäre ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich.[90]) Da das Bürgerliche Gesetzbuch durch eine ausdrückliche Bestimmung die Haftung des neuen Gesellschafters für die Schulden der ursprünglichen Gesellschaft nicht statuiert, so bestreitet Oertmann[91]) überhaupt jegliche Haftung des neuen Mitgliedes gegenüber den Gläubigern und verpflichtet ihn nur zur Übernahme eines Teiles der Gesellschaftsschulden gegenüber den Socien. Planck[92]) erkennt zwar die Notwendigkeit der Haftung auch gegenüber den Gläubigern an, da er sie jedoch nicht aus der Theorie der Neugründung herleiten kann, diese sie vielmehr ausschließt, so ermöglicht er sie durch Heranziehung eines Vertrages zugunsten Dritter, den der Eintretende mit den Socien zugunsten der Gläubiger der alten Gesellschaft abschließt. Ob diese Erklärung der Haftung Berechtigung hat oder nicht, möge dahingestellt bleiben;[93]) jedenfalls befriedigt sie nicht, denn es bleibt hiermit der Willkür der Gesellschafter stets überlassen, die Haftung des neuen Mitgliedes für die früheren Schulden und somit auch die des Gesellschaftsvermögens auszuschließen.

Im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt das Handelsgesetzbuch ausdrücklich, daß der eintretende Gesellschafter auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten haftet.[94]) In dieser Haftung kraft Gesetzes sieht Planck eine Überwindung der Schwierigkeiten, die sich den Gläubigern beim Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen entgegenstellen, die auch nicht dadurch beseitigt werden, daß im Handelsrecht zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel erforderlich ist,[95]) denn die neue Gesellschaft ist mit der früheren nach seiner Ansicht ja nicht identisch. Diese Absicht, Schwierigkeiten kraft Gesetzes aus dem Wege zu schaffen, darf dem § 130 jedoch nicht untergeschoben werden. Die Haftung für die vor dem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten ist kein besonderes Merkmal der Gesellschaft des Handelsrechts, sie ergibt sich vielmehr, wie

---

[90]) ZPO. § 736.
[91]) Oertmann S. 467.
[92]) Planck S. 480.
[93]) Dagegen Hellwig, Vertr. S. 391 u. 397.
[94]) HGB. § 130.
[95]) HGB. § 124.

oben gezeigt, ohne weiteres aus der Identität der beiden Gesellschaften, der alten und der fortgesetzten. Die Besonderheit des § 130 HGB. ist nur darin zu sehen, daß die Haftung des neuen Gesellschafters nicht, wie dies im bürgerlichen Recht die Regel ist, auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden kann, sondern wie die aller übrigen Gesellschafter eine gesamtschuldnerische persönliche ist, sich also auch auf sein Privatvermögen erstreckt und durch eine entgegengesetzte Vereinbarung Dritten gegenüber nicht ausgeschlossen werden darf.[96])

§ 2.

Von dieser allgemeinen Regel läßt das Gesetz eine Ausnahme zu, indem „ein Erbe, mit dessen Person die Fortsetzung im Gesellschaftsvertrage vereinbart ist, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen kann, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird".[97])

Mit dieser Bestimmung beseitigt das Gesetz eine Härte des früheren Rechts, das den Erben, mit dem die Fortsetzung der Gesellschaft im Vertrage vereinbart war, vor die unangenehme Entscheidung stellte, entweder ohne weiteres in die Gesellschaft einzutreten und persönlich für alle Schulden derselben zu haften, oder durch Ausschlagung der ganzen Erbschaft diese unbeschränkte Haftung von sich abzuwenden. Das neue Handelsgesetzbuch ermöglicht dem Erben, eine Beschränkung der Haftung auch ohne Ausschlagung der ganzen Erbschaft herbeizuführen, doch ist die Geltendmachung dieses Rechts an folgende Voraussetzungen geknüpft.

Zunächst bedarf es einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, die Gesellschaft im Falle des Todes eines oder auch jedes einzelnen Gesellschafters mit dessen Erben fortzusetzen. Nach dem Tode eines Gesellschafters kann zwischen seinen Erben und den übrigen Gesellschaftern eine derartige Verabredung mit der Wirkung, daß auch jetzt noch die Erben ihre Haftung beschränken, nicht mehr getroffen werden. Es wird hierdurch zwar nicht gehindert, daß die Gesellschaft nach dem Tode mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt wird, denn die Gesellschafter können, wie oben gezeigt, die Gesellschaft unter sich mit Zustimmung der Erben fortsetzen und beliebige Dritte, also auch die Erben durch Vertrag ohne Neugründung aufnehmen.[98]) Die Folgen des § 139, die Beschränkung der Haftung

[96]) vgl. Knoke, Eintritt S. 181.
[97]) HGB. § 139.
[98]) Anders Vincens S. 97 ff.; Lehmann-Ring S. 300.

der Erben, dürfen allerdings nicht aus dem späteren Vertrage gezogen werden; dies ergibt sich ohne weiteres aus den Worten „ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt", die stets die Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter, und zwar vor dem Tode des Erblassers erfordern.[99])

Weiterhin ist erforderlich, daß die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem Erben erfolgt. Als solche kommen nur diejenigen in Betracht, die es nach bürgerlichem Recht sind. Nicht gehören zu ihnen die Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten, es sei denn, daß sie in Höhe ihres Pflichtteils oder auch auf einen geringeren Betrag ausdrücklich als Erben eingesetzt sind. Auch können diejenigen nicht als Erben gelten, die zwar zur Erbschaft berufen sind, aber innerhalb der gesetzlichen Frist[100]) die ganze Erbschaft ausgeschlagen haben. Wie mit der Ausschlagung der Erbschaft der Anfall derselben als nicht erfolgt gilt,[101]) so ist der Ausschlagende auch niemals Gesellschafter geworden. Schlägt jedoch der Erbe die Erbschaft nicht aus, so wird er kraft Gesetzes mit dem Erbanfall Gesellschafter und kann nunmehr von dem ihm aus § 139 zustehenden Rechte innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, Gebrauch machen.[102])

Liegt es in seiner Absicht, in gleicher Weise wie sein Erblasser als persönlich haftender Gesellschafter der Gesellschaft anzugehören, so kann er dies entweder ausdrücklich erklären oder denselben Erfolg durch Verstreichenlassen der dreimonatlichen Frist herbeiführen. Er bleibt dann persönlich haftender Gesellschafter, ohne daß die übrigen ihn hieran hindern können, denn sie haben sich ja im Gesellschaftsvertrage zur Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm, dem Erben, verpflichtet. Die Folge davon ist, daß er die gewöhnlichen Rechte und Pflichten eines Gesellschafters übernimmt, also vor allem persönlich für frühere und künftige Schulden haftet. Hatten in der ursprünglichen Gesellschaft alle Gesellschafter Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis, so muß sie auch der Erbe erhalten. Waren sie aber einem Teil, unter andern auch dem Erblasser übertragen, so gehen diese Rechte nicht auf den Erben über, sie sind höchstpersönlich und bedürfen daher der besonderen Übertragung.

Will der Erbe seine Haftung auf den auf ihn fallenden Teil der Einlage des Erblassers beschränken, so kann er innerhalb der dreimonatlichen Frist einen dahingehenden Antrag an die übrigen Gesellschafter richten. Nehmen die Gesellschafter diesen Antrag an,

---

[99]) vgl. oben S. 19.
[100]) BGB. § 1944.
[101]) BGB. § 1953.
[102]) HGB. § 139, 3.

so wird dadurch die offene Handelsgesellschaft zu einer Kommanditgesellschaft; ihr rechtlicher Charakter wird zwar verändert, aber die Identität mit der früheren Gesellschaft bleibt auch hier bestehen. Das Gesellschaftsvermögen braucht nicht übertragen zu werden, und den früheren Gesellschaftsgläubigern ist der Zugriff auf das Vermögen der Kommanditgesellschaft nicht versagt. Der Erbe nimmt in dieser Gesellschaft die Stellung eines Kommanditisten ein, dessen Kommanditeinlage durch den auf ihn fallenden Teil der Einlage des Erblassers gebildet wird.

Was unter der Einlage des Erblassers zu verstehen ist, ist bestritten. Staub[103]) sieht in ihr das Gesellschaftsguthaben des Erblassers, wie es zur Zeit des Erbfalles vorhanden ist, während andere[104]) sie den ursprünglich vom Erblasser geleisteten Beiträgen gleichstellen. Letztere Ansicht dürfte die richtige sein, denn abgesehen davon, daß Staub eine ungenaue Wortfassung des Gesetzestextes unterstellen muß, ist in seiner Auslegung eine Härte gegen den Erben enthalten, sobald das angebliche Gesellschaftsguthaben des Erblassers infolge schlechten Geschäftsganges auf Null herabgesunken ist. Eine Beschränkung seiner Haftung durch Einräumung der Stellung eines Kommanditisten wäre dann überhaupt ausgeschlossen, da es an der für ihn erforderlichen Vermögenseinlage fehlt.[105])

Der Gewinnanteil des Kommanditisten kann derselbe bleiben wie der des Erblassers, er kann jedoch auch anders, also sowohl höher als niedriger bestimmt werden. Für die bis zur Annahme seines Antrages entstandenen Verbindlichkeiten haftet der Kommanditist trotz § 173 gesamtschuldnerisch, jedoch nur insoweit, als er für die Nachlaßverbindlichkeiten des Erblassers haften würde.[106]) Für die nach der Annahme des Antrages entstandenen Verbindlichkeiten beschränkt sich seine Haftung auf seine Einlage.

Er ist von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Nehmen die übrigen Gesellschafter den Antrag des Erben nicht an, so gilt dieser damit als erloschen,[107]) und der Erbe ist wieder persönlich haftender Gesellschafter. Durch diese Nichtannahme seines Antrages wird jedoch der Erbe nunmehr, wenn auch nicht verpflichtet, so doch befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären, ohne damit die ganze Erbschaft ausschlagen zu müssen. Diese Erklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; der Erbe scheidet aus, sobald ihre Wirk-

---

[103]) Staub S. 499.
[104]) Cosack, HR. S. 572; Makower S. 272; Goldmann S. 620.
[105]) HGB. § 161.
[106]) HGB. § 139, 4.
[107]) BGB. § 146.

samkeit eintritt.[108]) Seine Haftung für die bis dahin entstandenen Verbindlichkeiten ist dieselbe wie die in dem Falle, daß er Kommanditist wird. Für die nach seinem Austritt entstandenen Verbindlichkeiten haftet er nicht mehr, es findet Auseinandersetzung statt, die nach den oben erwähnten Regeln vorzunehmen ist.

Wird der Erbe durch Auflösung der Gesellschaft innerhalb der dreimonatlichen Frist verhindert, die Einräumung der Kommanditistenstellung zu beantragen, und hat er auch nicht auf die Rechte aus § 139 verzichtet, so haftet er für die bis zur Auflösung entstandenen Verbindlichkeiten nur als Erbe. Dasselbe ist auch für die im Liquidationsstadium entstandenen Verbindlichkeiten anzunehmen.[109]) Wenn auch der Erbe vorläufig persönlich haftender Gesellschafter geblieben ist, so ist mit der Auflösung die Frist zur Geltendmachung seines Rechtes noch nicht abgelaufen; im Zweifel ist anzunehmen, daß er von einem ihm günstigeren Rechte, seine Haftung zu beschränken, Gebrauch gemacht hätte.

Bisher ist stets nur von einem Erben des verstorbenen Gesellschafters die Rede gewesen. Möglich ist, daß auch mehrere Erben vorhanden sind und diese in die Gesellschaft dem Vertrage gemäß eintreten. Sie bilden dann keine geschlossene Einheit, sondern treten jeder als selbständiger Gesellschafter auf, denen einzeln die Rechte aus § 139 zustehen.[110]) Haben sie sich daher bereits auseinandergesetzt, so daß jeder von ihnen selbständig über sein Erbteil verfügen kann, so ist denkbar, daß jeder von ihnen eine andere Stellung in der Gesellschaft seinem Antrage gemäß einnimmt. Auch die übrigen Gesellschafter brauchen sie nicht als Einheit zu behandeln, sondern können nach ihrem Ermessen den einen Erben als Kommanditisten zulassen, dem andern jedoch diese Stellung verweigern.

§ 3.

Eine am Schluß noch zu erörternde Frage ist, ob der neu eintretende Gesellschafter durch seinen Eintritt Kaufmannseigenschaft erwirbt. Kaufmann im Sinne des Gesetzes ist, wer ein Handelsgewerbe *betreibt*. Da die Gesellschaft keine eigene Persönlichkeit besitzt, so wird das Gewerbe von der Summe der Gesellschafter im Namen aller betrieben, und demgemäß müssen auch alle Gesellschafter Kaufleute sein. Hiervon sind auch diejenigen nicht ausgenommen,

---

[108]) BGB. § 130.

[109]) Ebenso *Lehmann-Ring* S. 302; *Goldmann* S. 623; anders *Staub* S. 451.

[110]) vgl. Entsch. d. RG. XVI S. 56.

denen die Vertretung oder Geschäftsführung nicht zusteht. Es kommt nicht darauf an, daß der Gesellschafter persönlich mitarbeitet, sondern nur, daß die Geschäfte auch in seinem Namen abgeschlossen werden, und das ist auch bei den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen nicht zu verneinen.[111])

Auch die Kommanditisten sind als Kaufleute anzusehen. Wenn ihr Name auch in der Firma nicht genannt werden darf, so sind sie doch Mitinhaber des Geschäfts, da sie mittels des Gesamtnamens mitumfaßt werden. Der Gesellschaftsbetrieb erfolgt auch in ihrem Namen, folglich müssen auch sie Kaufleute sein.[112])

---

[111]) Ebenso Cosack, HR. S. 531; Laband S. 521; Hergenhahn S. 24; anders Lastig bei Endemann S. 348.

[112]) vgl. Cosack S. 577.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.